

A SOCIEDADE E A LEI: O CÓDIGO PENAL DE 1890 E AS NOVAS TENDÊNCIAS PENAIS NA PRIMEIRA REPÚBLICA*

SOCIETY AND LAW: THE 1890 PENAL CODE AND THE NEW CRIMINAL TRENDS WITHIN BRAZILIAN FIRST REPUBLIC

MARCOS CÉSAR ALVAREZ**

FERNANDO SALLA***

LUÍS ANTÔNIO F. SOUZA****

Resumo

O artigo apresenta uma das possibilidades de leitura do Código Penal de 1890. Procura discutir algumas formas pelas quais se estabelecem as teias de relações entre a lei e a sociedade, ao privilegiar como focos da análise a apropriação do discurso jurídico pela criminologia na passagem do século XIX para o XX, o contexto social e político nesse período e a conformação de práticas institucionais no âmbito dos aparatos policial e prisional.

Abstract

The article shows one of many reading possibilities for the historical meanings of 1890 Brazilian's Criminal Code. It intends to discuss the relationship between law and society, stressing the struggle between criminology and others forms of criminal knowledge, during the late 19th century. Furthermore, the article shows not only the social and political background of the period, but also the institutional practises in the realm of police and prisional systems.

Palavras-chave

Lei - Código Penal - Criminologia - Polícia - Prisão

Keywords

Law - Penal Code - Criminology - Police - Prison

Introdução

* Artigo recebido em 16.07.2003 e aprovado em 12.09.2003.

** Doutor em Sociologia, professor da UNESP/Marília, pesquisador colaborador no Núcleo de Estudos da Violência da USP.

*** Doutor em Sociologia, pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

**** Doutor em Sociologia, professor da UNESP/Marília, pesquisador do Núcleo de Estudos da Violência da USP.

O Brasil, em 1822, tornou-se independente de Portugal, depois de mais de trezentos anos de subordinação colonial. A emancipação política, por um lado, não significou uma redefinição imediata da estrutura econômico-social existente no país, que era calcada na agricultura exportadora, sustentada pela mão-de-obra escrava. Houve a transferência no controle dos interesses econômicos predominantes no país, reduzindo-se a participação dos portugueses e crescendo, em contrapartida, a presença do capital inglês. Embora o influxo de capital tenha passado a ocorrer paralelamente à franquia comercial do país, até meados do século XIX, a estrutura social e econômica do país não sofreu transformações mais profundas.

Por outro lado, a emancipação política colocou de imediato em questão a necessidade de o novo país ter uma estrutura jurídico-política própria, ao romper com as instituições que o haviam conformado à condição de colônia de Portugal. Dessa forma, parte dos debates em torno da Constituição brasileira, de 1824, e do Código Criminal, de 1830, desenvolveram-se a partir dessa preocupação em substituir o aparato legal e institucional herdado de Portugal, particularmente as instituições judiciais, policiais e de punição que haviam sido criadas em decorrência das Ordenações Filipinas. No entanto, a organização jurídico-política que foi sendo constituída, nas primeiras décadas do período imperial, ainda mesclava idéias que estavam em debate na Europa e nos Estados Unidos com aspectos da herança colonial. No campo penal, as concepções sobre os crimes e as formas de punição são bastante reveladoras dessa tensão que se mantém ao longo do Império.

Uma das novidades, sem dúvida, foi o Código Criminal de 1830 que, ao adotar a pena de prisão com trabalho, introduzia uma nova concepção em termos de punição. Mas nem por isso o Código deixou de contemplar formas já consideradas arcaicas de punição, como a pena de morte, as galés, a prisão perpétua. A estrutura escravista suportava igualmente a conservação dos castigos corporais aos escravos.

Parte da história penal do Império pode ser contada apontando para a pouca aplicação efetiva da pena de prisão com trabalho e ao mesmo tempo para uma intensa utilização da pena de galés, da prisão perpétua, especialmente para os escravos. Um certo afinamento com a política européia e com as concepções ali presentes impelia as elites imperiais para a assimilação de novas propostas de organização da justiça criminal. Mas, a estrutura social continuava imersa na escravidão, e o poder daquelas elites ainda se assentava em mecanismos de imposição da ordem que requeriam pouca mediação dos instrumentos estatais de justiça.

A partir de meados do século XIX, é forte a presença dos interesses ligados ao café no cenário político em meio a uma crise cada vez mais intensa do trabalho escravo. O pensamento

republicano passa a difundir-se. No que diz respeito à justiça criminal, desde a década de 70, são constantes as propostas para sua reorganização. Um dos alvos passou a ser o próprio Código Criminal. As elites mais uma vez espelhando-se no andamento das propostas em curso na Europa e nos Estados Unidos passam a submeter o Código à críticas, sobretudo voltadas para a inadequação de determinadas penas como a prisão perpétua, as galés e a pena de morte. A organização das prisões era motivo de grande preocupação para os críticos do Código, que viam nele a completa ausência de orientação quanto aos regulamentos internos a serem seguidos.

Com o Código Penal de 1890, as elites republicanas buscaram viabilizar novas percepções acerca da ordem social bem como criar mecanismos de administração dessa ordem. O paradoxo deste Código, no entanto, consiste no fato de que desde muito cedo ele foi alvo de duras críticas por parte de setores das elites republicanas, que já assimilavam os novos discursos criminológicos e referentes às práticas penais que emergiam em outros contextos sociais e políticos. Mas, apesar destas duras críticas, o Código não sofrerá alteração ao longo de toda a Primeira República. Qualquer análise da legislação penal do período, conseqüentemente, deve dar conta desta recepção paradoxal do Código por parte das elites republicanas.

Sem dúvida, com a abolição da escravidão e com o advento da República, foram lançadas as bases para o exercício, mesmo que limitado, da cidadania. No âmbito da legislação penal, foram suprimidas as penas que atingiam diretamente os escravos e foi instaurada a universalidade da lei penal. No entanto, como instrumento de controle do crime, a nova legislação será considerada ineficaz pelos médicos, bacharéis e juristas envolvidos com as questões criminais. Estes setores das elites, inspirados na Criminologia de inspiração lombrosiana, fomentavam concepções restritivas ao exercício dos direitos dos cidadãos. Essas concepções, genericamente conhecidas como “positivistas”, seriam instrumentalizadas no Brasil por essas elites interessadas em implantar e justificar mecanismos de repressão e do controle ao crime e de cerceamento dos indivíduos à participação política. Ao longo da chamada Primeira República, o Código de 1890 foi alvo sistemático de duras críticas mas, curiosamente, não foi alterado. Se, por um lado, as tentativas de reforma do Código ao longo da Primeira República não obtiveram sucesso, por outro a disseminação das idéias da Criminologia acabaram por influenciar poderosamente a concepção das políticas públicas voltadas para a área da segurança, direcionando a criação ou a reforma, bem como o funcionamento de instituições como a polícia, as prisões, os manicômios e outras instituições de internação.

Ao tomar como ponto de partida essa condição paradoxal de vigência do Código Penal de 1890 ao longo da Primeira República, buscamos neste artigo realizar uma reflexão que permita

problematizar algumas questões recorrentes no relacionamento entre lei e sociedade. Pretendemos problematizar o pressuposto de que a nova lei ou código seja diretamente fundante do ordenamento social. Sustentamos, em contrapartida, que tais instrumentos de regulação da vida social são, antes de tudo, o resultado da acomodação dos conflitos entre os diferentes grupos sociais.

1. O Código de 1890 e a construção da ordem legal republicana

No final da década de 1880, o movimento republicano depôs mais de 60 anos de regime monárquico. A República se constituiu em meio a uma sociedade recém-saída da escravidão, que crescia e se diversificava rapidamente sobretudo nos principais centros urbanos do sudeste do país. Mas as elites republicanas, desde o princípio, manifestam grande desconfiança frente à possibilidade da maior parte da população contribuir positivamente para a construção da nova ordem política e social. O novo regime republicano, longe de permitir uma real expansão da participação política, irá se caracterizar, pelo contrário, pelo seu caráter não-democrático, pela restrição da participação popular na vida política. José Murilo de Carvalho (1987, 1990), por exemplo, ao estudar a relação Estado/cidadão na proclamação da República, mostra como a percepção, por parte dos protagonistas republicanos, da população como "bestializada" frente às transformações políticas, aponta para a dissociação, já presente no momento da proclamação, entre os cidadãos e a República emergente.

Ainda segundo Carvalho (1990), diante desta ausência de participação do povo na proclamação da República e da derrota da participação popular nos anos subseqüentes, diferentes grupos - liberais, jacobinos e positivistas - tentam cooptar as camadas populares para seus projetos políticos através da disputa em torno da construção e manipulação do imaginário republicano, dos símbolos que representariam a República. Tanto nos debates acerca das utopias que guiariam a ação republicana e organizariam a nova sociedade, nos quais diferentes idéias políticas eram importadas e retrabalhadas para o contexto brasileiro (como aquela que opunha a liberdade dos antigos com a liberdade dos modernos), quanto nas disputas acerca das versões da proclamação, dos heróis da República, das representações femininas da República, das representações da bandeira e do hino, há um combate acirrado pelo controle do imaginário enquanto instrumento de construção da legitimidade do novo regime. As elites, diante de uma República que nasce excludente, ao não se configurar enquanto resultado da ação da maioria da população e ao não incorporar a participação popular, tentam pelo imaginário assimilar os "bestializados". O fracasso na criação e enraizamento do imaginário republicano no interior da

sociedade aparece, assim, como consequência deste distanciamento concreto da República em relação à população. A Primeira República parece ter assegurado, deste modo, a manutenção da ordem com uma singular combinação entre repressão direta e controle social, ambos dirigidos contra os inimigos da ordem política e os desviantes da ordem social.¹

A ordem legal republicana também revela esse caráter paradoxal da Primeira República. A Constituição republicana, embora inspirada na Constituição dos Estados Unidos, deixou de incluir diversas garantias referentes aos direitos individuais (Levine, 1995:40). E diversas pesquisas têm mostrado o papel das leis penais como instrumento de controle social no período (Neder, 1986; Alves, 1990). Acreditamos, entretanto, que mais importante do que enfocar o papel da legislação penal enquanto instrumento de repressão e controle social dos movimentos sociais, ou mesmo enquanto instrumento de construção de uma ética do trabalho, é ressaltar que desde sua promulgação o Código Penal de 1890 foi considerado como incapaz de dar conta dos novos desafios colocados pelas transformações sociais e políticas do período republicano. As pesquisas que enfatizam o Código de 1890 enquanto instrumento de construção de uma ideologia burguesa do trabalho, detêm-se principalmente nos dispositivos situados no Livro III, acerca das contravenções penais, referentes aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiras². Estes artigos mostram, sem dúvida, a intenção da autoridade republicana de inibir a ociosidade e obrigar as classes populares ao trabalho. Mas as funções que o Código deveria desempenhar ultrapassam a simples imposição do trabalho livre, pois se esperava que a nova legislação consolidasse os valores políticos e sociais do novo regime e ainda respondesse às novas necessidades de controle social colocadas pelas transformações da sociedade. Neste sentido, segmentos da elite jurídica rapidamente perceberam que o Código Penal da República era apenas um ponto de partida, ainda excessivamente tímido, frente às urgências colocadas pela construção da nova ordem política e social republicana. Assim, desde a promulgação do Código³, surgem inúmeras críticas, desferidas

¹ A este respeito, consultar Pinheiro (1991). Sobre as práticas de controle social no período republicano são também bastante elucidativos os trabalhos acerca da instituição policial nos grandes centros urbanos da época, ver Souza (1992) e Bretas (1997).

² Existem divergências quanto ao significado do artigo do Código Penal referente à capoeiragem. Segundo Bretas (1997) o artigo diz respeito, a princípio, a um problema mais pontual. A repressão aos capoeiras foi levada a cabo pelo chefe de polícia do Rio de Janeiro, João Batista Sampaio Ferraz, por motivos políticos mais imediatos, logo após a proclamação da República. Segundo Bretas, quando o Código Penal criminalizou a capoeiragem, esta já não representava perigo, sendo que o dispositivo legal que a ela se referia não teve aplicação significativa. Lima (1991), em contrapartida, vai mais além e defende que o artigo referente à capoeiragem foi um importante instrumento de criminalização e de controle social dos negros ao longo da Primeira República.

³ Já a partir da abolição da escravidão, surgiram iniciativas no sentido de realizar uma reforma mais ampla no Código Criminal do Império. Neste sentido, João Vieira chegou a apresentar um ante-projeto de reforma, que foi no entanto rejeitado pois considerou-se que era necessária uma revisão completa do diploma penal do Império, e não apenas uma reforma parcial como a apresentada pelo jurista do Recife. Com a proclamação da República, Campos Sales, então ministro da justiça, indicou Batista Pereira, ex-diretor e lente da Faculdade Livre do Rio de Janeiro que já

principalmente por juristas e também por médicos envolvidos com questões jurídico-penais. E estas críticas serão seguidas por diversas propostas de reformulação ou substituição do Código que atravessam toda a Primeira República. Por exemplo, três anos após a edição do Código, já era proposta sua reformulação na Câmara dos Deputados (Brito, 1930). E apenas alguns anos depois, o jurista Aurelino Leal, que posteriormente seria chefe de polícia na Capital Federal, dedica todo um livro a demonstrar que a legislação penal republicana havia adotado dispositivos jurídicos que eram verdadeiros “germens do crime”, pois estimulavam a criminalidade ao invés de combatê-la. Baseado nas teorias da escola positiva, Leal aponta uma extensa lista destes “germens”, presentes na legislação penal recém-promulgada: a manutenção do júri, a prescrição dos crimes, a fiança, a divisão da ação penal em pública e privada, a anistia, a graça, o perdão do ofendido, o livramento condicional, a impunidade do mandante, a reincidência e as nulidades processuais (Leal, 1896).

Também o senador Paulo Egídio, ao longo dos anos em que propôs sua reforma do sistema penitenciário do Estado de São Paulo, não poupou críticas ao Código. Em 1893, ao iniciar a defesa de seu projeto de reforma do sistema penitenciário do Estado, Egídio aponta como um erro do Código brasileiro a manutenção das penas de pequena duração, e apresenta ao Senado Paulista uma indicação que se solicite ao Congresso Federal a reforma do Código Penal quanto a esse aspecto (ASSP, 1893: 552). Alguns anos depois, e diante do fracasso dessa iniciativa, Egídio retoma a crítica ao diploma penal, ao afirmar que o Código é um “empecilho invencível” (ASSP, 1902: 155) para uma reforma penal ampla, pois não estava baseado na “cultura atual da criminologia” (ASSP, 1902: 224). Egídio chega à exacerbação frente ao Código, chamando-o de um “código impossível” (ASSP, 1902: 230). Quatro anos depois, Paulo Egídio continua suas críticas, ao perguntar-se em qual doutrina penal baseia-se o código vigente:

“(...) É uma obra clássica? É uma obra neoclássica? É uma obra positiva? É uma obra metafísica? É uma obra inspirada no lombrosismo, no garofalismo, no ferrismo? (...) Ele não tem sistema. (...)” (ASSP, 1905: 511).

Por isso, por não se estruturar nem ao menos segundo os critérios da escola clássica, já considerados ultrapassados pelos criminologistas nacionais adeptos da escola positiva, é que o Código deveria ter sido reformado logo ao nascedouro, ainda segundo Egídio, não havendo reforma mais urgente para o progresso da ordem social. Apenas a morte, em 1906, interrompe a cruzada desse jurista paulista pela reforma do Código Penal republicano.

havia participado da comissão que rejeitou o projeto de João Vieira, para que elaborasse um novo Código. O projeto de Batista Pereira, rapidamente elaborado, converteu-se, com algumas emendas, no Código Penal da República, promulgado pelo decreto n. 847 de 11 de outubro de 1890.

E Egídio não é, de maneira nenhuma, uma exceção, pois persistem as críticas e as propostas de reformas nos anos seguintes. Apenas para citar mais alguns exemplos, em 1911, quando era ministro da justiça Esmeraldino Bandeira, foi pedido um novo Código Penal, juntamente com a reforma do regime penitenciário (Brito, 1930). E, onze anos depois, na sessão de fundação da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, a reforma da legislação penal é colocada como um dos principais objetivos a serem perseguidos por seus participantes. Assim se expressa Alcântara Machado:

“Em seu aspecto formal o aparelhamento legislativo é isso que acabamos de denunciar: a balbúrdia, a incoerência, a falta de unidade, a incerteza. (...) Tudo se resume nisto: parte da idéia da responsabilidade moral do delinqüente em vez de partir da idéia da defesa coletiva.” (...) A reforma completa do Código de 90, a reforma completa das leis de processo, a reforma completa das leis de organização judiciária, de modo a assegurar a especialização dos juízes e a moralização do júri são pontos de honra para os que têm consciência dos grandes interesses coletivos.” (Machado, 1922:15 - 16)

E o Dr. Armando Rodrigues, retoma a crítica, conclamando médicos e juristas para esse empreendimento:

“A reforma do Código Penal, que nenhum espírito equilibrado já agora julga possível ser deixada para mais tarde, exige muito do nosso trabalho comum: temos, médicos e juristas, de enfrentar o problema decididamente, procurando auxiliar o legislador na tarefa penosa de dotar o país com um estatuto penal capaz de garantir, de verdade, a ordem jurídica, desde que o que possuímos não contém senão raras, defeituosas ou muito atenuadas qualidades de satisfazer o fim a que se destina, e não é crível, por isso, que alguém o repute apto para defender contra o crime e o criminoso um povo em pleno viço de formação. Com um atraso de cinquenta anos, em relação aos progressos da criminologia, urge que se substitua o código de 90 por um outro em que se compendiem todas as aquisições da cultura atual no tocante ao estudo do criminoso, da classificação dos delitos e do sistema das penas” (Rodrigues, 1922: 29).

É, portanto, um atraso de *meio século* em relação às teorias criminológicas modernas que representaria o diploma penal republicano, segundo Armando Rodrigues, e principalmente os médicos e juristas adeptos das novas teorias penais deveriam sentir certa decepção, quando, já no ano de 1930, Lemos de Brito pedia novamente a substituição urgente do Código de 1890, tão distante dos critérios modernos da ciência penal (Brito, 1930: 11).

O que é interessante ressaltar, com relação às discussões relativas ao Código de 1890, é que elas manifestam a insatisfação crescente de muitos juristas frente aos dispositivos jurídico-penais *clássicos* contidos no Código. Essa insatisfação revela a tensão, que perpassa toda a Primeira República, entre a necessidade de constituir uma sociedade organizada nos moldes jurídico-políticos contratuais, que colocasse o país na linha do progresso trilhado pelas demais nações civilizadas, e as particularidades históricas, raciais e sociais do contexto nacional, que dificultavam, aos olhos das elites republicanas, essa constituição. O desafio era como institucionalizar os ideais de igualdade em termos jurídico-penais frente às desigualdades percebidas como constitutivas da sociedade.

O Código Penal de 1890, com sua concepção principalmente *clássica*, em termos das doutrinas penais, representou, apesar dos dispositivos anteriormente citados, voltados para a repressão e o controle social de determinados segmentos da população, sobretudo uma ruptura com as práticas penais do passado escravista, ao instituir a generalidade e a imparcialidade dos critérios penais (Souza, 1992: 232). A legislação processual republicana igualmente implementou avanços inquestionáveis: aumentou as possibilidades de defesa dos acusados nos crimes comuns e restringiu as formas de prisão. A oralidade do julgamento vigorava nos debates plenários diante do júri; entretanto o processo escrito dominou todo o procedimento preliminar do inquérito policial ou de formação da culpa. O processo manteve-se com características de contraditório pleno no julgamento, mas restrito no sumário de culpa. E, muito embora a forma do processo ordinário fosse mantida tanto para os crimes inafiançáveis quanto afiançáveis, o inquérito policial, invenção da lei 2033, de 20 de setembro de 1871, que criou a polícia judiciária, continuou servindo como principal instrumento de promoção da denúncia ou da queixa, em todos os crimes comuns. O crime policial deixou de existir. A ação penal pública sofreu limitações assim como a própria ação da polícia, mas a introdução dos processos policiais permitiu que parcela considerável das infrações penais (sobretudo atitudes consideradas desordeiras ou suspeitas) provocasse a intervenção *ex-officio* da polícia. (Cruz, 1932: 40 e Rezende, 1916: 420)

Os aspectos mais positivos da legislação penal e processual, entretanto, entravam em choque com um contexto político e social mais amplo onde novas formas de desigualdade foram colocadas. Como afirmam muitos juristas ao longo da Primeira República, o grande desafio consistiria em “*tratar desigualmente os desiguais*” e não em estender a igualdade de tratamento jurídico-penal para toda a população. As críticas dos juristas e médicos, anteriormente citadas, caminham neste sentido. Principalmente para os adeptos das teorias criminológicas, o Código Penal republicano não era capaz de dar conta das novas funções que o direito penal e as instituições penais deveriam desempenhar frente a uma sociedade desigual como a brasileira. É

verdade que o novo Código já apontava para certas inovações institucionais, como a criação de instituições penais disciplinares preconizadas pelas novas teorias penais. Mas sua feição por demais *clássica*, se pensarmos em termos de doutrinas penais, ou *liberal*, se pensarmos em termos das ideologias políticas, era insuficiente para aqueles que, imbuídos dos novos conhecimentos criminológicos, viam a necessidade de reformas mais amplas nas instituições jurídico-penais.

A introdução da Criminologia no país representa, deste modo, a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, implementar estratégias específicas de controle social e estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população. Enquanto um saber normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia poderia transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de direito penal, baseadas na igualdade ao menos formal dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais. Deste modo, para adequar as práticas penais às transformações sociais do período republicano, através das reformas possíveis mesmo sem a substituição do Código de 1890, um grupo significativo de juristas irá abraçar os ensinamentos criminológicos, principalmente aqueles divulgados pela escola criminológica de Lombroso, Ferri e Garofalo.

2. Constituição de 1891 e Código de 1890: aberturas para o poder de polícia

A descentralização política e administrativa, implementada na Primeira República, permitiu que os Estados, a um só tempo, cooptassem as situações locais para fins eleitorais e diferenciasssem sua organização judiciária e temas importantes da matéria processual-penal. A Constituição de 1891 (CF) e o Código Penal de 1890 (CP) fundamentaram-se na idéia de uma sociedade baseada no trabalho universal e na garantia dos direitos individuais. “O problema central a ser resolvido pelo novo regime era a organização de outro pacto de poder, que pudesse substituir o arranjo imperial com grau suficiente de estabilidade.” (Carvalho, 1991: 31) O que implicava reconhecer o Estado de Direito e formalizar as regras processuais e jurídicas de defesa dos direitos mínimos reconhecidos. Isso significou, na letra da lei, avanços consideráveis, na medida em que foram estendidas as garantias constitucionais a toda a população, conforme diferentes dispositivos constitucionais. O artigo 72 da CF, por exemplo, assegurava “a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.” Essa inviolabilidade estendia-se à lei penal, na medida em que ninguém poderia ser “sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei

anterior e na forma por ela regulada.” Entre outras medidas da ordem da defesa de direitos, a CF assegurava aos acusados “a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com o nome do acusador e das testemunhas.” A CF extinguiu, a um só tempo, o foro privilegiado para julgamentos, as punições que atentavam contra a vida e as penas degradantes (pena de morte, as galés e o banimento judicial).

Não obstante, a arquitetura interna desses dispositivos e, na verdade, a organização de boa parte do texto constitucional, estabelecia princípios genéricos mas criava exceções a eles ou definia casos especiais, cuja regulamentação dependia de legislação ordinária: “A todos é lícito associarem-se e reunirem-se livremente e sem armas, não podendo intervir a polícia senão para manter a ordem pública.” (Parágrafo 8º, artigo 72) Dessa forma, proteções constitucionais, como a estabelecida no parágrafo 11º do mesmo artigo, permaneciam nominais:

“A casa é o asilo inviolável do indivíduo; ninguém pode aí penetrar, de noite, sem consentimento do morador, senão para acudir às vítimas de crimes, ou desastres, nem de dia, senão nos casos e pela forma prescritos na lei.”

Isso porque, na prática, os órgãos do poder executivo, sobretudo a polícia, invadiam casas alegando razões de ordem pública e mesmo os juristas defendiam que o princípio constitucional não devia ser aplicado às habitações coletivas, hotéis, casas de tolerância, e muito menos às casas de ladrões ou de anarquistas. O mesmo ocorria com a liberdade de imprensa. O parágrafo 12 dizia que “é livre a manifestação do pensamento pela imprensa, ou pela tribuna, sem dependência de censura, respondendo cada um pelos abusos que cometer, nos casos e pela forma que a lei determinar”, não sendo apenas permitido o anonimato, no entanto a manifestação de opiniões sofria censura administrativa e particularmente os jornais anarquistas eram empastelados e os jornalistas presos ou deportados.

O texto constitucional abria interpretações e exceções a serem regulamentadas posteriormente: “À exceção de flagrante delito, a prisão não poderá executar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.” Em relação à prisão, os juristas assinalavam a distinção entre esta e a mera detenção, não especificada em lei mas justificada pela necessidade de defesa social. O princípio da prisão legal recebeu melhor definição no parágrafo 14, que especificava que ninguém poderia “ser conservado em prisão sem culpa formada, salvo as exceções especificadas em lei,

nem levado à prisão, ou nela detido, se prestar fiança idônea, nos casos em que a lei admitir.” Entretanto, durante a Primeira República, modificações nas leis do processo, não só aumentaram o número de crimes inafiançáveis, restringindo sensivelmente a cobertura constitucional desse princípio, como também a própria administração da justiça não fiscalizava as atividades policiais.

O *habeas-corpus* sofreu restrições em decorrência do interesse de ordem pública, ao longo da Primeira República, principalmente nos momentos de repressão do movimento operário. O parágrafo 22 do artigo 72 da CF dispunha o seguinte: “Dar-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção.” No entanto, a infração desse preceito não gerava sanções criminais nem administrativas; com o passar dos anos, a República restringiu a abrangência desse preceito à mera liberdade de locomoção, com inúmeras ressalvas. Embora o parágrafo 9º do mesmo artigo dispusesse sobre denúncia contra abusos cometidos por autoridades, a averiguação delas não era simples e, quando ocorria, era através de sindicância administrativa que, em regra, não levava sequer à abertura de inquérito policial.

Se o nosso ordenamento constitucional apresentava essas peculiaridades, não é preciso dizer que o Código Penal sofria dos mesmos males. Embora a promulgação do CP tenha aberto uma nova perspectiva, diante das infrações penais e dos mecanismos de penalização, seus dispositivos eram suficientemente vagos, imprecisos ou procuravam articular conceitos contraditórios, como a pena enquanto retribuição e as medidas tutelares. O CP, em linhas gerais, procurava estabelecer uma rigorosa correlação entre medidas punitivas e retribuição dos danos causados pelo criminoso. Ele incorporou o repertório da pena de prisão celular, da prisão com trabalho forçado e da internação de mendigos e menores. Ou seja, no CP estavam previstas, além da punição enquanto mecanismo retributivo, formas de punição que tendiam para a reforma moral dos indivíduos. Assim, alguns dos principais alvos do novo Código foram os menores delinqüentes, os inválidos (mendigos e insanos) e os vadios (Artigos 29 e 30). Além de estabelecer novos princípios de punição e de prescrever penas correspondentes à gravidade do crime, o Código de 1890 adotou a figura do duplo ilícito, ou seja, a distinção entre crime e contravenção. A definição das contravenções abriu espaço para o controle administrativo das autoridades policiais sobre um número significativo de pequenos delitos cotidianos. Não somente havia a graduação da punição em função da gravidade do delito, como também das circunstâncias e das motivações comportamentais que levaram à perpetração concreta da infração. O CP, em seu artigo 7o., definiu o crime como “violação imputável e culposa da lei penal” como forma de distingui-lo da contravenção que foi, no artigo 8o., definida como “o fato voluntário punível que consiste unicamente na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das leis e

dos regulamentos”. Essa definição é, evidentemente, deficiente, na medida em que um ato (ou omissão) é considerado criminoso quando for imputável: voluntário ou culposo. Na definição de contravenção, ressalta-se o caráter voluntário da violação que, em termos de qualificação penal, coloca o juiz e o ministério público na posição extrajurídica de investigar a trajetória de vida do acusado para checar qual seria a motivação subjetiva determinante do ato ou fato atuais e puníveis. Ressalto a expressão “motivação subjetiva”, pois, para os operadores do direito havia a necessidade premente de justificar que o ato foi cometido através da vontade do agente, seja esta manifesta ou latente. Ao mesmo tempo, a lei penal definiu a contravenção como representando uma violação ou falta de observância de disposições preventivas das leis e regulamentos, deixando espaço aberto para que qualquer delito ou ilegalidade pudesse ser considerado contravenção, sem que o princípio genérico fosse alterado. Essa definição vaga, ao se referir às disposições preventivas, demarca o campo da contravenção como sendo o das leis ordinárias e como sendo a janela por onde as teorias criminais pudessem entrar. Essas peculiaridades de definição abriam espaço para as críticas da criminologia, já citadas, mas também partiam do pressuposto do espaço de interpenetração entre as regras da lei e a norma do poder discricionário da polícia, do ministério público e dos juízes. Na verdade, o parágrafo 4o. do artigo 27 do Código Penal, somente contempla medidas discricionárias e tutelares, num âmbito exterior ao campo jurídico, ao considerar inimputáveis “Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime”. Apesar de a idéia da “completa privação de sentidos” ser absurda, como já foi enormemente glosado pelos juristas, a substituição da palavra “privação” por “perturbação” não foi regularizada durante toda a vigência do Código Penal de 1890 (Bastos, 1918: 24). As definições de crime e de contravenção, se observadas a partir do mesmo artigo 27, parágrafo 6, que define os casos de inimputabilidade, ganham outra dimensão. Diz a referida disposição que não são criminosos “os que cometerem o crime casualmente, no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com a tenção ordinária.” (sic) Essa maleável definição permitiria o cometimento de uma ilegalidade, uma violência policial, por exemplo, quando ocorresse no exercício de uma tarefa lícita. Naturalmente, a violência não poderia ser caracterizada como prática costumeira ou sistemática nem poderia ir além da intenção ordinária. Nesse sentido, as leis penais, embora revelassem a intenção de controlar a esfera do arbítrio pessoal, dentro do quadro de uma racionalidade jurídica imparcial, no processo de julgamento e de punição, permitiam que práticas de vigilância e de prisão, ilegais à primeira vista, se insinuassem e se integrassem ao universo da legalidade, enquanto práticas cotidianas, aceitáveis porém emudecidas. No fundo, a questão continuava sendo a leniência com os crimes cometidos por personagens provenientes de determinados estratos da população, que seriam tratados como

cidadãos e certo rigor com outros, tratados como tutelados. Apesar do Código Penal de 1890 definir as penas em função de uma equivalência genérica entre o crime e o dano causado, a prática institucional ampliava o universo punível ou aumentava o rigor e o tempo de duração das penas, um *plus* inicialmente não previsto (Salla, 1999 e Alvarez, 1996).

Se a República brasileira aceitou um Código Penal formulado durante os últimos estertores do Império, ela não se deu sequer ao trabalho de reformar, em bloco, a legislação processual penal. O Código do Processo Criminal (CPC) sofreu mudanças apenas pontuais que não interferiram em sua estrutura eminentemente inquisitorial, ainda muito colada à legislação monárquica que vigorou no Brasil da transição para a independência. O artigo 123 do CPC, de 1832, já estabelecia a equivalência de dois princípios distintos, um jurídico e o outro extrajurídico, ao estatuir que “o crime ofende a sociedade, porque viola suas leis e perturba a ordem pública, que é a base das liberdades e interesses de todos.” Assim, um ato poderia ser considerado crime não somente porque violava as leis mas também porque “perturba a ordem pública”. A ordem pública representava um simulacro da lei e possuía força coercitiva suficiente a ponto de ser considerada como “a base das liberdades e interesses de todos.” Não resta dúvida de que a polícia estava na posição de ser o órgão privilegiado da ordem pública, guardião das leis e da normalidade. Assim, pelo menos, na interpretação de um jurista da importância de Pimenta Bueno: “Não basta, porém, que o direito criminal estabeleça seus preceitos penais com clareza, sabedoria e inteira justiça; as leis não preenchem seu fim senão por sua aplicação, por sua fiel e exata observância.” Outro jurista, Gonçalves Chaves, também expressa o mesmo raciocínio: “o direito precisa de órgãos para ser aplicado e são as instituições judiciárias que lhe dão vida e ação” (Bueno, 1922). Os “delitos” previstos em lei tinham a mesma importância conceitual que os “perigos” que emergiam do espaço social. Afinal, dizia Elísio de Carvalho, em 1914, uma boa polícia vale pelo melhor código penal. Por isso, a polícia, enquanto esfera juridicamente complementar mas administrativamente autônoma da justiça criminal, em sua função de vigilância e de controle social, basear-se-ia em mecanismos e regulamentos próprios, numa espécie de extra-direito. O poder de polícia sempre teve papel preponderante na tradição jurídica e no edifício burocrático brasileiro. Mesmo Rui Barbosa, crítico do excesso de poder das agências do poder executivo, afirmava que, constitucionalmente, os direitos deviam estar submetidos ao “poder de polícia do Estado”. Na Primeira República, os legisladores não tiveram dúvida em aumentar correlativamente o poder regulamentador do executivo diante dos princípios genéricos estabelecidos pelas câmaras legislativas. Certos autores admitiam que o executivo tinha o poder de baixar decretos desde que estes dessem execução às leis, isto é, desde que pudessem “desenvolver e completar nos detalhes” o que estiver estabelecido em lei, sem derogar nem

contrariar seu espírito. Outros autores defendiam a concepção de que um governo não deve ser um mero executor das leis, com o risco de perder, em suas decisões, rapidez e objetividade. Eles propugnavam o princípio da *extensividade regulamentar* do poder executivo já que não cabia à lei precisar, em detalhes, todos os casos e situações de sua aplicabilidade, o que eliminava o poder discricionário do executivo. Para Henrique Coelho, por exemplo, se o poder executivo pode regular caso por caso, “segundo o próprio critério”, pode também ter o “poder de emanar normas” reguladoras de sua própria ação administrativa. Dessa forma, o amplo poder regulamentar presente na Primeira República é justificado na medida em que o executivo, constituído por mandato eletivo, deveria ser considerado fonte de direito. A evidente vagueza e a ambiguidade dos preceitos legais da Primeira República implicavam em um sistema de extralegalidade (Coelho, 1905; Fonseca, 1981).

A lei penal não restringiu a esfera de arbítrio da polícia; ao contrário, permitiu que o executivo tivesse amplas prerrogativas regulamentares, ao reconhecer uma certa correspondência entre ordem social e ordem legal:

“A polícia, considerada em seu todo, compreende e significa a vigilância exercida pela autoridade para manter a ordem e o bem ser público em todos os ramos dos serviços do Estado, e em todas as partes e localidades. Esta vigilância constante é um dos primeiros deveres de toda a administração, por isso mesmo que a administração é quem deve prevenir os perigos e os delitos, e resguardar os direitos individuais; é ela também quem tem o encargo de descobrir os crimes, coligir e transmitir à autoridade competente os indícios e provas, reconhecer ou capturar os delinquentes, concorrer para que assim sejam entregues aos tribunais e sujeitos a aplicação da lei” (Bueno, 1922).

A posição de destaque em que se encontra a polícia na ordem jurídica foi ratificada pelo decreto do estado de São Paulo número 123, de 10 de Novembro de 1892, que baixou regulamento disciplinando a organização judiciária do Estado de São Paulo. Esse decreto promoveu mudanças significativas na legislação processual herdada da tradição liberal das reformas de 1871. Na parte segunda, título I, seção II, que trata especificamente das atribuições dos juízes de direito, declara o artigo 124, I, letra c, que a estes cabia, entre outras atribuições criminais, processar e julgar em primeira instância: 1) as infrações dos termos de segurança e bem viver (ou termo de tomar ocupação); 2) as contravenções punidas com multas ou cuja pena não exceder a seis meses de prisão celular, com ou sem multa; 3) os crimes previstos nos artigos 114, 119, 135, 148, primeira parte, 151, primeira parte, 153 parágrafo primeiro, 170, 172, 184, 185, 189, primeira parte, 190,

191, 196, primeira parte, 198, 201, 204, 205, 206 e parágrafo primeiro, 282, 293, 306, 307 e parágrafo, 308, 309, 310 e parágrafo primeiro, 316 parágrafo segundo, 319 parágrafo segundo, 320, 329 parágrafos primeiro e segundo, 330 parágrafos primeiro, segundo e terceiro. No artigo 160 das Disposições Gerais, entretanto, o decreto estabelece um princípio que muda radicalmente a forma dos processos criminais para os crimes e contravenções que não ultrapassassem seis meses de pena. Segundo o artigo mencionado, foram transferidos ao chefe de polícia, delegados e subdelegados de polícia, *ex-officio* ou a requerimento das partes, o preparo dos processos das infrações, crimes e contravenções, definidos no artigo 124, I, letra c, acima indicado. Esta não é uma atribuição privativa da polícia, pois o artigo menciona que as autoridades policiais “poderão preparar o processo”; no entanto, os juízes de direito, na Primeira República, em causas criminais jamais atuavam de *motu* próprio, e nem podiam, por causa da precária estrutura administrativa das varas criminais. Por consequência, a formação da culpa de um número considerável de infrações penais foi transferida para a esfera policial por força de um decreto. O poder processante da polícia foi confirmado e definido com precisão no decreto 1349, de 23 de Fevereiro de 1906, que deu regulamento ao serviço policial do Estado. Segundo esse regulamento, passou a competir à polícia judiciária prender os culpados, conceder fiança provisória, proceder a corpo de delito, proceder a buscas e apreensões, proceder a inquérito policial e preparar o processo (Artigo 63 e respectivos parágrafos).

Além de transferir formalmente, para a polícia, prerrogativas eminentemente judiciárias, a legislação republicana também implementou modificações nos critérios da ação penal pública. O Código Penal, em seu artigo 407, restringia a ação penal pública ao caso de flagrante delito e crimes cuja pena excedia 4 anos de prisão celular. A ação *ex-officio* da polícia contra contravenções e contra crimes de furto, portanto, foi reduzida. Mas, para “driblar” esta limitação da ação penal *ex-officio*, o governo do Estado, através da lei número 109-A, de 30 de Setembro de 1892, declarou a admissibilidade da denúncia do ministério público, nos crimes de danos e furtos, mesmo sem flagrante delito. Assim, não só o ministério público, mas a própria polícia, iniciava inquérito em todo e qualquer crime ou contravenção. Essa situação foi “legalizada” em 1899, pela Lei Federal número 628, que ampliou a ação por denúncia do ministério público, regulamentando aquilo que os Estados já faziam por conta própria. A partir de então, não importando se o processo iniciara-se por queixa do ofendido ou pelas autoridades públicas, a ação penal deveria ser levada até seu último termo, independente do perdão ou omissão da vítima, mantendo as restrições do parágrafo único do artigo 335 do Código Penal. Além disso, a Lei definiu os crimes de furto cujo valor fosse igual ou superior à soma de 200 mil réis, de furtos de animais em fazendas ou pastos e de danos cometidos contra propriedades rurais como sendo inafiançáveis, aumentando, assim, o

espectro de ação policial. O Supremo Tribunal Federal baixou jurisprudência sobre o artigo 407 do Código Penal, definindo que quanto ao direito de ação ou de denúncia, tal artigo

“é lei substantiva, obrigatória em toda a República. E como tal, não póde ser modificada pela lei processual dos Estados, a qual deve se limitar a regular a forma das acções e processos tão somente. (...) É, portanto, considerado nullo o processo criminal em contrário ao disposto no artigo 407” (ASTF, 13/07/1910).

O Supremo Tribunal demorou mais de uma década para dirimir as dúvidas de interpretação daquele dispositivo, mas mesmo assim, a polícia permaneceu cumprindo o papel a ela delegado de “justiça de primeira instância”.

O destacado papel destinado à polícia no quadro judicial republicano também pode ser identificado nos dados orçamentários do governo paulista. Apesar do investimento nas forças policiais ter aumentado dentro do dispêndio geral da Secretaria da Justiça e da Segurança Pública, o montante relativo à Força Policial decresceu dentro do total do orçamento do Estado. Nos anos 1920, o Estado passou a gastar mais em instrução pública, em juros e amortizações e na modernização da estrada de ferro Sorocabana do que em Forças Policiais (Fernandes, 1974: 247 - 248). Não obstante, a partir da década de 1920, se processou uma gradual expansão da dotação orçamentária para a Polícia Civil estadual em relação à dotação destinada à Força Pública, tendência este que se acentuou nos anos 30 (Love, 1982: 354 - 355). Os dados disponíveis permitem inferir que, ao longo de 40 anos, o governo republicano dispendeu relativamente maior soma de recursos na polícia do que na justiça. Enquanto isso, a menor alocação de juizes de direito e de promotores públicos aumentou a morosidade e diminuiu a confiabilidade do processo formal e dos julgamentos; conseqüentemente, criou obstáculos para a proteção das garantias legais dos acusados. Esse processo refletiu-se na ineficiência do sistema de justiça criminal e na descrença popular na justiça (Shirley, 1973; Fausto, 1984). Toda esta descrição permite demonstrar que, para além das deficiências legais de origem, a Primeira República imprimiu uma marca indelével na organização e nas práticas das instituições criminais. Aparentemente, as obscuridades legais foram facilmente suplementadas pela complicada correlação de forças políticas e institucionais que deram sustentação à república das elites agroexportadoras de São Paulo.

3. O Código Penal de 1890 e a pena de prisão

O Código Penal de 1890 trouxe algumas importantes alterações no que se refere ao funcionamento das prisões brasileiras na medida em que privilegiou a pena privativa de liberdade. Só é possível entender claramente o contorno dado à pena de prisão contemplada nesse Código quando se analisa a crítica que vinha se desenvolvendo ao conjunto das penas existentes no Código Criminal de 1830. A principal crítica, sobretudo depois de 1870, era de que a multiplicidade de penas existente no Código de 1830 era ineficaz para regenerar os criminosos. Galés, açoites, pena de morte, prisão com trabalho, prisão simples, degredo, multas etc. estavam sendo constantemente apontadas como recursos anacrônicos de retribuição aos crimes e sobretudo como forma de correção dos indivíduos. Além disso, era inevitável olhar algumas dessas modalidades de pena e colocá-las como sinônimo de um passado arcaico e necessário de ser superado. De todas elas, a única que era vista com maior simpatia era a pena de prisão com trabalho. Porém, no período imperial as províncias foram incapazes de criar estabelecimentos adequados para que esse tipo de pena fosse devidamente aplicado, exceção feita a São Paulo e a sede da Corte (Rio de Janeiro), que construíram suas casas de correção, que entraram em funcionamento em meados do século XIX (Salla, 1999).

O término da escravidão e a proclamação da República tornaram as condições favoráveis para que o Código de 1830 fosse substituído na direção daquelas críticas que vinham sendo desenvolvidas desde 1870. O Código de 1890 previa a pena de prisão celular para a quase totalidade dos crimes. Juntamente com esta modalidade de encarceramento, estabelecia ainda três outras, porém de uso muito restrito: a reclusão, a prisão com trabalho obrigatório e a prisão disciplinar. De acordo com o artigo 47 do Código, a pena de reclusão deveria ser cumprida “em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares”. Sua aplicação era prevista para os crimes políticos, para os que atentavam contra a Constituição política da República, contra o funcionamento dos poderes, ou ainda para aqueles que promoviam uma conspiração. A pena de prisão com trabalho seria cumprida “em penitenciárias agrícolas para esse fim destinadas, ou em presídios militares”. Estava prevista para poucas circunstâncias, dentre elas a de “mendigar, fingindo enfermidade” (art. 393). E a prisão disciplinar que, segundo o artigo 49, deveria ser cumprida em “estabelecimentos industriais especiais, onde serão recolhidos os menores até a idade de 21 anos”. O alvo desta pena eram os maiores de 14 e menores de 21 anos que eram considerados vadios (art.399). Em resposta ainda aos problemas que as penas do tempo do Império apresentavam, o novo Código estipulava que não haveria mais a de prisão em caráter perpétuo. E também que não poderia ela exceder a 30 anos.

A ausência de diretriz formal sobre qual regulamento a ser implantado nas prisões brasileiras, sob a vigência do Código de 1830, proporcionou a presença no Código de 1890 de

um claro sistema que contemplava de certo modo os dois grandes modelos de encarceramento do século XIX (Filadélfia e Auburn). Esse sistema era conhecido como irlandês ou progressivo. Segundo Bandeira Filho (1881), compunha-se de três estágios. No primeiro - *penal stage* - durante alguns meses o preso deveria ficar recolhido à cela, no total isolamento, ali trabalhando e submetido a uma dieta rigorosa. O segundo período era chamado de *reformatory stage* e nele os presos pernoitavam na cela e durante o dia trabalhavam em comum. Neste estágio, os presos eram classificados em quatro categorias, progressivas, de acordo com a sua conduta. Já no terceiro estágio - *testing stage* - o condenado passa para uma prisão intermediária onde desfruta de alguma liberdade. Trabalha em conjunto, tem suas próprias vestimentas, habitação diferenciada e pode ainda ter concessões de saída e circulação fora da prisão. De acordo com o seu procedimento, pode obter licença para sair da prisão e viver em algum lugar fixo, apresentando-se regularmente a uma autoridade policial (liberdade condicional).

O Código nada mais fez do que fixar na letra da lei esse modelo de funcionamento da prisão e de cumprimento de pena:

Art. 45. A pena de prisão celular será cumprida em estabelecimento especial, com isolamento celular e trabalho obrigatório, observadas as seguintes regras:

- a) se não exceder de um ano, com isolamento celular pela quinta parte de sua duração;
- b) se exceder desse prazo, por um período igual à quarta parte da duração da pena e que não poderá exceder de dois anos; e nos períodos sucessivos, com trabalhos em comum, segregação noturna e silêncio durante o dia.

(...)

Art.50. O condenado a prisão celular por tempo excedente a seis anos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciária agrícola, afim de aí cumprir o restante da pena.

Parágrafo 1º - Se não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento donde saiu.

Parágrafo 2º - Se perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, contanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dois anos.

Tais preocupações reveladas pelo legislador pouca interferência tiveram na situação real das prisões brasileiras por longo período. Relatórios de diretores de prisões e de chefes de polícia

continuavam apontando para uma situação que permanecia inalterada. Prisões deterioradas, presos misturados em locais inadequados para o cumprimento da pena, inexistência de prisões conforme estabelecia o Código. A previsibilidade de que haveria ainda muita demora em reverter aquele quadro das prisões brasileiras fez com que as Disposições Gerais do Código já estabelecessem que

“Enquanto não entrar em inteira execução o systema penitenciario, a pena de prisão celular será cumprida como a de prisão com trabalho, nos estabelecimentos penitenciários existentes, segundo o regime atual; e nos lugares em que os não houver, será convertida em prisão simples, com aumento da sexta parte do tempo” (Cf. art. 490).

No Estado de São Paulo se discutiu a necessidade de reajustar esses cenários às novas disposições do Código logo no início do período republicano principalmente com as primeiras propostas de criação de um novo e modelar estabelecimento prisional para o Estado. No início do século XX, por obra de Cândido Motta é criado o Instituto Disciplinar para menores e não demoraria a ser depois criada a Colônia Correcional. Processo que culmina com o início da construção da Penitenciária do Estado, em 1911, inaugurada depois em 1920. Iniciativas que foram acompanhadas da criação de uma série de outras instituições que, embora não estivessem previstas no Código, destinavam-se claramente a exercer um forte controle social, como o Hospício do Juqueri, o Asilo dos Inválidos do Guapira, o Recolhimento das Perdizes.

Em sintonia ou não com o Código de 1890, pode-se dizer que uma série de instituições de controle social surgiram, na passagem do século XIX para o XX, em São Paulo, e um variado conjunto de práticas dentro delas tiveram forte influência da já citada criminologia do período (como por exemplo, os exames antropométricos, os padrões de documentação interna com suas fotografias, anamneses, exames clínicos). Um exemplo desse descompasso entre a filosofia do Código e os princípios que norteavam a política das elites na Primeira República pode ser verificado na proposta de uma nova forma de execução da pena de prisão celular que surge nesse estado.

Enquanto se desenvolviam as obras da nova Penitenciária, que tiveram início em 1911, a lei nº. 1406, de 26 de dezembro de 1913, estabelecia o regime penitenciário do Estado de São Paulo. Nela estavam contidos vários itens regulamentando a forma de concessão de pecúlio dos presos de acordo com uma certa classificação, bem como a distribuição de seu tempo durante a condenação; regulamentava também os patronatos e as circunstâncias em que o governo poderia

conceder o perdão e o livramento condicional. Mas, o mais interessante da lei era a proposta de utilização de presos no trabalho de abertura e conservação de estradas de rodagem. É inevitável lembrar que essa lei vai evocar práticas do período imperial quando os condenados às galés eram utilizados em serviços públicos, como abertura de vias, limpeza das ruas, conservação de jardins etc.

O mentor deste projeto foi o então deputado estadual Washington Luís que o apresentou em dezembro de 1912. Na justificativa que formulou à Câmara, reconhecia ele o sentido nada original do projeto, quanto às “nossas leis criminaes”, mas indicava sua importância por juntar dois aspectos fundamentais de uma boa administração pública: a regeneração do criminoso pelo trabalho e o desenvolvimento do Estado com a abertura de estradas de rodagem.

O artigo 6º. desta lei era o mais polêmico, uma vez que previa algo como uma nova forma de pena a ser cumprida pelos condenados à prisão celular.

“Artigo 6º. Enquanto não estiver concluída a Penitenciária, ora em construção, em Carandiru, nesta cidade, nos termos do artigo 409, do Código Penal, os condenados a que se refere o artigo 1º desta lei [pena de prisão celular], trabalharão de preferência na abertura, construção e conservação de estradas públicas de rodagem.

(...) Parágrafo 2º. Salvo desejo expresso do condenado, só serão empregados nesses trabalhos os condenados a eles adaptáveis por suas habilitações e precedentes ocupações”.

Uma vez que no Código Penal de 1890 não existia nada parecido com este mecanismo alternativo de cumprimento da pena de prisão celular, Washington Luís, para justificar as suas proposições, argumentou que o estabelecimento do regime penitenciário para os presos era “incontestavelmente uma das faculdades autônomas dos Estados federados”. Recorria ao próprio autor do Código, Batista Pereira, que ao ser criticado por estabelecer praticamente uma única pena, que era a de prisão celular, defendeu a possibilidade de normas diferentes regular o modo e o lugar para a expiação da pena (*apud* ACDSP, 1912: 949). Além disso, apoiava-se Washington Luís numa interpretação da Constituição de 1891 segundo a qual ao Congresso competia legislar sobre direito civil, comercial e criminal ficando para os estados a competência de legislar sobre matéria processual.

“Nessas condições, se o regime penitenciário é matéria do direito processual e se este pertence aos Estados, cabe ao Estado de S. Paulo legislar sobre o seu regime penitenciário” (ACDSP, 1912:950).

Depois de aprovado pela Câmara, o projeto seguiu para o Senado estadual. Ali, as comissões de Constituição e Fazenda, em outubro de 1913, deram parecer favorável à sua aprovação. Os membros das comissões não tiveram escrúpulos em buscar argumentos até mesmo no Ato Adicional de 1834 para justificar sua defesa do projeto, uma vez que ele estabelecia claramente que às assembleias legislativas provinciais competia legislar sobre as prisões e o regime sob o qual elas funcionariam (ASSP, 1913:150).

Durante os debates que se seguiram no Senado, Luís Piza, embora fosse simpático ao projeto, foi quem mais polemizou em torno da questão da sua constitucionalidade, apresentando um substitutivo⁴. Com isto, procurava exatamente contornar os pontos questionáveis do projeto que giravam em torno de uma nova forma de pena que se estaria criando, ao destinar presos para o trabalho em estradas e o problema do local de cumprimento das penas que deveria ser o estabelecimento penitenciário. Para ele, o valor que possuía a iniciativa era grande, sobretudo do ponto de vista do desenvolvimento econômico do Estado, acarretando a criação da alternativa rodoviária para o transporte de bens, uma vez que só o café era capaz de sustentar as altas taxas de frete em vigor no transporte ferroviário. E, do ponto de vista do trabalho do preso, não só via como positivo o que sugeria o projeto como se mostrava favorável a que o próprio trabalho do condenado fosse colocado para “exploração industrial do particular”. A simpatia para com o projeto, no entanto, não o impediu de questionar:

“Mas o regime penitenciário envolverá a possibilidade de se converter de fato, uma pena de prisão celular em uma pena que seja cumprida numa obra pública ou particular, ao ar livre, como uma estrada de rodagem?” (ASSP, 1913:161).

⁴ O cerne das modificações propostas pelo substitutivo do senador Luís Piza estava contido nos dois primeiros artigos: “Art.1º. A pena de prisão celular a que tiverem sido condenados os criminosos sujeitos á justiça do Estado de S. Paulo poderá ser cumprida como a de prisão com trabalho: 1) quando o presidente do Estado commutar nesta pena aquella; 2) quando, a requerimento do condenado, o juiz competente assim decidir; 3) quando o condenado tiver cumprido, com isolamento celular, a parte da pena correspondente á condenação, restando-lhe cumprir a parte excedente em trabalho commum e silencio durante o dia e segregação durante a noite; 4) quando o condenado estiver em condições de ser transferido para uma penitenciaria agricola. Art 2o. A prisão com trabalho poderá ser cumprida em quaesquer obras publicas, especialmente nas estradas de rodagem do Estado, desde que nellas se possam observar as condições de trabalho diurno em silencio e a da segregação noturna, ou as do regimen das penitenciaras agricolas e das casas de correção.” (ASSP, 1913:264-5).

--

A tentativa de melhorar o projeto com um substitutivo não encontrou apoio na comissão de legislação do Senado que, através de Gabriel Rezende, mostrou-se favorável à manutenção do projeto e à rejeição da proposta de Luís Piza. Ainda em dezembro de 1913, tornou-se lei o projeto de Washington Luís. O decreto n. 2585, de julho de 1915 regulamentou essa lei.

Segundo Washington Luís, a experiência do “trabalho dos sentenciados ao ar livre” foi um sucesso no período em que funcionou, desde agosto de 1916 até 1920. A primeira turma de sentenciados trabalhou nas obras da estrada que ligava a Capital a Jundiá, no chamado acampamento de Taipas. Mesmo depois de ter entrado em operação a Penitenciária do Estado, em 1920, sem se levantar qualquer dúvida quanto à legalidade e adequação da legislação ao Código Penal, recomendavam as autoridades do Estado que este passasse por uma reforma de modo a poder contar com “proveito o trabalho dos presos ao ar livre”⁵.

Considerações Finais

Em decorrência do expostos acima, podemos perceber as complexas relações que se estabeleceram no período entre o novo regime republicano, as novas leis penais, as práticas policiais e as práticas prisionais. O Código Penal de 1890 ao mesmo tempo em que trazia mecanismos de controle social mais adequados à nova sociedade republicana, organizada em torno do trabalho livre, trazia também avanços ao estabelecer clara ruptura em relação às concepções e práticas penais da sociedade escravista. No entanto, sua concepção por demais “clássica”, num momento em que as concepções da escola criminológica de Lombroso eram muito aceitas por juristas e médicos envolvidos com os problemas criminais, fará com que essa nova legislação penal seja duramente criticada ao longo de toda a Primeira República. As idéias da Criminologia, em contrapartida, fornecerão ao longo desses anos justificativas para um tratamento desigual da maior parte da população brasileira, que supostamente não poderia ser tratada pelos critérios clássicos de igualdade perante a lei, bem como diretrizes para o estabelecimento de instituições novas – como, por exemplo, o Instituto Disciplinar em São Paulo – voltadas para aqueles setores da população que não poderiam ser incluídos na ficção da sociedade contratual: menores, mulheres, loucos, negros etc. Estes paradoxos atravessam

⁵ Logo após a apresentação do projeto de Washington Luís, na Câmara, em 1912, Plínio Barreto (1922) esboçou algumas críticas contra ele, mas apenas no tocante aos detalhes de sua realização e não em relação ao seu sentido geral. E mesmo em setembro de 1921, quando novamente publica uma série de artigos sobre a reforma do Código Penal, no jornal *O Estado de São Paulo*, não deixa de fazer um elogio implícito à iniciativa daquele projeto mesmo sendo avesso à lei: “O governo do Estado utilizou-se com êxito extraordinário do trabalho dos condenados fora das penitenciárias, em estradas públicas. Violou para isso a lei penal, mas prestou incontestavelmente um grande serviço à criminologia” (p.69). E com isso justificava a necessidade de uma reforma do Código para proporcionar a possibilidade de os Estados terem a liberdade de regulamentar livremente a natureza do trabalho penitenciário.

igualmente as leis processuais no período, as práticas policiais e a reformulação das instituições prisionais.

As muitas questões indicadas neste artigo, longe de serem conclusivas, buscam apontar os muitos e interessantes caminhos de pesquisa que podem ser trilhados quando se pretende analisar histórica e sociologicamente as relações entre as instituições e as práticas penais e a sociedade.

Siglas e referências bibliográficas

ASTF – Acórdãos do Superior Tribunal Federal

ASSP - Anais do Senado do Estado de São Paulo

ACDSP - Anais da Câmara dos Deputados de São Paulo

RSJSP - Relatório da Secretaria de Justiça de São Paulo

ALVAREZ, Marcos César (1996) *Bacharéis, criminologistas e juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil - 1889-1930*. Tese de Doutorado em Sociologia, Fac. Filosofia, Letras e C. Humanas, USP.

ALVES, Paulo. (1990) *A Verdade da Repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana (1890-1921)*. São Paulo. Tese (Doutorado em História) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

BANDEIRA FILHO, Antonio Herculano de Souza (1881) *A questão penitenciária no Brasil*. Rio de Janeiro: Typ. de J. D. de Oliveira.

BARRETO, Plínio (1922) *Questões criminaes*. São Paulo: O Estado de São Paulo.

BASTOS, José Tavares (1918) *Código Penal Brasileiro*. Devidamente anotado com grande cópia da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e opiniões dos Doutos e todas as Leis e Decretos Penaes posteriores ao Código. São Paulo. C. Teixeira e C. Editores

BRETAS, Marcos Luiz (1997) *Ordem na cidade. O exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro (1907-1930)*. Rio de Janeiro. Rocco.

BRITO, Lemos. (1930). *Succincte Exposition sur l'Evolution Pénale au Brésil*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional.

BUENO, José Antonio Pimenta (1922) *Apontamentos sobre o Processo Criminal Brasileiro*. Rio de Janeiro Jacintho Ribeiro dos Santos. Edição correta e aumentada por João Ribeiro do Couto.

CARVALHO, José Murilo. (1987) *Os bestializados*. São Paulo: Companhia das Letras.

_____. (1990) *A formação das almas: imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras. Carvalho 1990

COELHO, Henrique (1905) *O poder legislativo e poder executivo no Direito Público brasileiro*. São Paulo. s/editora.

CRUZ, João Francisco da (1932) *Tratado de Polícia*. São Paulo. Revista dos Tribunais.

- FARIA, Júlio Cesar de (1942) *Juízes do meu tempo*. São Paulo. Martins
- FAUSTO, Boris (1984) *Crime e cotidiano: a criminalidade em São Paulo (1880-1924)*. São Paulo: Brasiliense.
- FERRAZ JR, Tercio Sampaio (1989). “A constituição republicana de 1891”, *Revista USP* n.09
- FONSECA, Aníbal Freire da (1981) *O poder executivo na República brasileira*. Brasília. UNB.
- FRANCESCO, Braz di (1931) *Pela Cultura Policial*. São Paulo. Casa Duprat.
- FRY, Peter e CARRARA, Sérgio (1986) “As vicissitudes do liberalismo no direito penal brasileiro”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 2(1):48-54.
- LEAL, Aurelino A. (1896) *Germens do crime*. J.L.F.Magalhães. Bahia (FDUSP)
- LEVINE, Robert M. (1995) *O Sertão Prometido: o massacre de Canudos*. São Paulo: Edusp.
- LIMA, Roberto Kant de, LIMA, Magali Alonso. (1991) Capoeira e cidadania: negritude e identidade no Brasil Republicano. *Revista de Antropologia*, n.34, p.143-182.
- LOVE, Joseph (1982) *A locomotiva: São Paulo na federação brasileira, 1889-1937*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- MACHADO, Alcântara. (1922) Discurso proferido na sessão de instalação. *Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia*, v. I, fasc. 1, p.13-17, fevereiro.
- NEDER, Gizlene (1986) *Criminalidade, justiça e constituição do mercado de trabalho no Brasil: 1890-1927*. São Paulo, Tese de Doutorado, Departamento de História, USP.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio (1991) *Estratégias da ilusão - a revolução mundial e o Brasil, 1922-1935*. São Paulo: Cia das Letras.
- REZENDE, Astolfo (1916) “Polícia Administrativa, Polícia Judiciária”. *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, volume especial dedicado ao I Congresso Brasileiro de História.
- RODRIGUES, Armando. (1922) Discurso pronunciado na sessão de instalação da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia. *Arquivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia*, fasc.1, v.I, p.27-30, fevereiro.
- SALLA, Fernando (1999) *As Prisões em São Paulo, 1822-1940*. São Paulo: Annablume.
- SHIRLEY, Robert W. (1973) *The judicial system of São Paulo State, Brazil. An historical survey*. mimeo
- SOARES JR, Rodrigo (1958) *Jorge Tibiriçá e sua época*. São Paulo. Companhia Editora Nacional. brasileira, 304 2.vols.
- SOUZA, Luis Antonio Fco. de (1992) São Paulo, polícia urbana e ordem disciplinar. A Polícia Civil e a ordem social na Primeira República. Dissertação de Mestrado, Depto. de Sociologia, FFLCH, USP.